

Sentencia T-1114/08

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por la existencia de condiciones para impugnar el auto aprobatorio de acuerdo conciliatorio y por la inexistencia de perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-1944353

Acción de tutela instaurada por Anny Margarita Jordi de Ostau de Lafont, en su calidad de Procuradora Cuarta Judicial Administrativa, contra el tribunal de arbitramento que, mediante auto dictado el día 22 de noviembre de 2007, aprobó el acuerdo conciliatorio sobre el Contrato de Concesión N° 447 de 2 agosto de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - y la Sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA
ESPINOSA

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de tutela instaurado por Anny Margarita Jordi de Ostau de Lafont, en su calidad de Procuradora Cuarta Judicial Administrativa, contra el tribunal de arbitramento que, mediante el auto dictado el día 22 de noviembre de 2007, aprobó el acuerdo conciliatorio sobre el Contrato de Concesión N° 447 de 2 agosto de 1994, suscrito por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - y la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A.

I. ANTECEDENTES

El día 19 de diciembre de 2007, la ciudadana Anny Margarita Jordi de Ostau de Lafont, actuando en su calidad de Procuradora Cuarta Judicial Administrativa instauró una acción de tutela contra el tribunal de arbitramento que, mediante auto dictado el día 22 de noviembre de 2007, aprobó el acuerdo conciliatorio sobre el Contrato de Concesión N° 447 de 2 agosto de 1994, acuerdo suscrito entre el INCO y la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A., por cuanto considera que esta providencia vulnera los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia. La acción de tutela está fundamentada en los siguientes hechos:

1. El día 2 de agosto de 1994, se suscribió el Contrato de Concesión N° 447 de 1994, entre el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, y la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A. En la cláusula primera del contrato se estableció que su objeto era “ejecutar por el sistema de concesión según lo establecido por el artículo 32, numeral 4° de la Ley 80 de 1993, los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Santafé de Bogotá (Puente El Cortijo) – Siberia – La Punta – El Vino, del tramo de carretera Santafé de Bogotá – La Vega, ruta 54, en el Departamento de Cundinamarca.” El contrato ha sido objeto de varias modificaciones, a través de contratos adicionales, otrosíes, actas y resoluciones.

En el contrato se convino una cláusula compromisoria, de acuerdo con la cual las diferencias que se susciten con relación al contrato serán sometidas a un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros colombianos.

2. En 2004, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS – cedió y subrogó en el contrato al Instituto Nacional de Concesiones – INCO -, con lo cual el INCO quedó vinculado por la cláusula compromisoria.

3. El 23 de enero de 2006, la sociedad Concesión Sábana de Occidente S.A. demandó al INCO ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y solicitó la convocatoria de un tribunal de arbitramento. De común acuerdo entre las partes se dispuso nombrar como miembros del tribunal de arbitramento a los abogados David Luna Visbal, Carlos Martínez Simahán y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4. El Tribunal se instaló el 8 de febrero de 2006. Posteriormente, después de varias audiencias de conciliación fallidas, y luego de que se allegara al proceso una serie de dictámenes periciales y de que se hubieran practicado distintas pruebas, los apoderados de las partes solicitaron, de común acuerdo, citar una audiencia de conciliación. A partir de ese momento se realizaron distintas actividades tendientes a procurar un acuerdo conciliatorio. Finalmente, el 31 de agosto de 2006, los apoderados de las partes presentaron un documento suscrito el día 30, denominado “Acta de acuerdo conciliatorio entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Concesión Sábana de Occidente S.A.”

y un “Anexo técnico-financiero acuerdo conciliatorio Concesión Sábana de Occidente S.A. Instituto Nacional de Concesiones.”

5. El 21 de septiembre de 2006, el Procurador Segundo Judicial Administrativo, Felipe Alberto Nauffal, presentó el concepto del Ministerio Público, en el cual se formulaban distintas objeciones al acuerdo. Del concepto se corrió traslado a las partes.

6. El 30 de octubre de 2006, en atención al concepto del Ministerio Público y con el objeto de precisar el contenido del acuerdo, las partes presentaron una “Modificación del acta de acuerdo conciliatorio celebrada el 30 de agosto de 2006 entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Concesión Sábana de Occidente S.A.”

7. De la modificación se corrió traslado nuevamente al Procurador Segundo Judicial Administrativo. Este rindió su nuevo concepto el día 27 de noviembre de 2006 y en él solicita que el Tribunal de Arbitramento impruebe el acuerdo conciliatorio, por ser abiertamente violatorio de la Constitución y la ley.

8. Después de varias suspensiones del proceso, el 15 de agosto de 2007, los apoderados de las partes presentaron la “Segunda modificación del acta de acuerdo conciliatorio celebrado entre el 30 de agosto de 2006 y modificado el día 27 de octubre de 2006 entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Concesión Sábana de Occidente S.A.”

9. El día 28 de agosto de 2007, luego de surtidos varios procedimientos, se dio traslado de la segunda modificación al Ministerio Público. La nueva representante del Ministerio Público, la Procuradora Cuarta Judicial Administrativa, Anny Margarita Jordi de Ostau de Lafont, solicitó que le fuera ampliado el plazo para presentar su concepto, dada la complejidad del proceso y que ella había sido asignada recientemente al mismo.

10. El 11 de septiembre de 2007, el Tribunal concedió al Ministerio Público un nuevo término para rendir su concepto.

11. El mismo día 11 de septiembre, los apoderados de las partes presentaron un documento titulado “Documento integrado – Acuerdo conciliatorio entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Concesión Sábana de Occidente S.A.”, en el cual se compilaron en un solo texto el acta de acuerdo conciliatorio del 30 de agosto de 2006, la modificación del 27 de octubre de 2006 y la segunda modificación del 15 de agosto de 2007. Este documento fue remitido a la Procuradora.

El proceso arbitral había sido convocado con el objeto de que, en el marco de la obligación del Estado de garantizar el tráfico y los ingresos mínimos del

proyecto, se restableciera el equilibrio económico del contrato, el cual había sido afectado por el constante déficit vehicular y de recaudo de peaje. La sociedad convocante había solicitado la instalación de una caseta de peaje adicional y, en su defecto, el traslado de la existente para lograr asegurar un mayor flujo de vehículos. Sin embargo, esas pretensiones fueron descartadas, técnica y económicamente, por los peritos designados.

En el acuerdo conciliatorio se decidió remover definitivamente las causas del déficit vehicular y de recaudo y asegurar la conexión de la vía al sistema vial nacional. Para ello se determinó, entre otras cosas, suprimir la cláusula de garantía de tráfico e ingresos mínimos, a cambio de sustituir el modelo financiero del contrato original por uno nuevo, el cual se fundamenta en la consecución de la Tasa Interna de Retorno – TIR – del proyecto por parte del contratista. En consecuencia, se dispuso que el plazo máximo de la concesión se establecería con fundamento en la obtención por parte del concesionario de la TIR. Además, el INCO se obligó a entregarle a la sociedad convocante un nuevo tramo de concesión, adyacente al que ya posee, y la sociedad se obliga a cambio a habilitar la vía La Vega – Villeta y a asumir otras obligaciones. También se contemplan en el acuerdo nuevos recursos para la concesión, que provienen de la cesión de los ingresos de otra caseta de peaje a la sociedad concesionaria y de aportes de la Nación y de la misma concesionaria.

12. El día 10 de octubre de 2007, la Procuradora Cuarta Judicial Administrativa presentó su concepto, en el cual concluye que “la conciliación no debe ser aprobada.”

Expresa la representante del Ministerio Público que, si bien el acuerdo conciliatorio fue modificado en dos ocasiones, las objeciones presentadas por la Procuraduría conservaban vigencia. Al respecto expone que la conciliación en lo administrativo se encuentra reglada en las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001, “preceptos en los que se condiciona la aprobación de la Conciliación tanto Extrajudicial como Judicial a la concurrencia de tres claros criterios normativos: a) Que no sea contraria a la Ley; b) Que exista el suficiente acervo probatorio que sustente el acuerdo conciliatorio; y c) Que lo acordado no atente contra el patrimonio público.”

Después de referirse a las pretensiones formuladas en el momento de iniciación del proceso arbitral y al contenido del acuerdo conciliatorio, expresa:

“Pues bien, retomando el primer supuesto de viabilidad de la conciliación en el sentido de que ella no debe ser contraria a la ley, para el Ministerio Público, sin perjuicio de los sanos propósitos que inspiran el contenido de la conciliación que se analiza, las partes adoptan una serie de decisiones que conducen incontrovertiblemente a la configuración de un nuevo Negocio Jurídico, mediante la

introducción de modificaciones esenciales al contrato original, con lo cual se transgreden claros preceptos reguladores de la materia.

“En efecto, en el presente caso las partes terminan utilizando la conciliación, mecanismo alternativo concebido para resolver conflictos sobre un asunto determinado para propiciar la transformación del contrato originalmente celebrado, en otro contrato que habrá de regularse bajo condiciones diferentes.

“Lo expuesto se evidencia al constatar que dentro de las propuestas modificatorias acordadas y con el propósito de superar las dificultades económicas del contrato original, el objeto inicial es adicionado en una proporción vial superior a la existente, con unas implicaciones económicas igualmente distintas, hasta el punto de que se cambia el modelo técnico económico acordado.

“Con base en esas premisas, no cabe duda de que estamos en presencia de un nuevo contrato, so pretexto de un acuerdo conciliatorio modificatorio, sometido a nuevas condiciones operativas y de ejecución, con lo cual se desconocen las reglas legales sobre procedimientos selectivos, como también el principio de selección objetiva, circunstancia toda que es admitida por las partes al reconocer que su propósito es el de transformar el contrato inicial de primera generación en uno de tercera generación.”

Por otra parte, la representante del Ministerio Público menciona que “no aparece suficientemente claro en el acuerdo cuál puede ser la conveniencia económica del Estado al celebrar la conciliación, después de analizar las nuevas cargas que en ese sentido se asumen en esta actuación.”

13. El día 22 de noviembre de 2007, el Tribunal de Arbitramento dictó un auto en el que aprueba el acuerdo conciliatorio. En la parte pertinente de la resolución tomada en el auto se expresó:

“Primero. Aprobar el acuerdo conciliatorio respecto del Contrato de Concesión N° 447 de agosto 2 de 1994 suscrito entre la Concesión Sabana de Occidente S.A. y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, el 30 de agosto de 2006, junto con sus modificaciones de 27 de octubre de 2006 y 14 de agosto de 2007 con su ‘Anexo Técnico Financiero Modificado’, documentos que se entienden incorporados a esta Acta y forman parte de la misma.

“Segundo. Declarar que la conciliación así aprobada producirá sus efectos a partir de la ejecutoria de esta providencia.

“Tercero. Disponer la terminación del presente proceso arbitral solicitada por voluntad de las partes y la consecuente cesación de sus funciones de este Tribunal. (...)”

Después de ocuparse de los aspectos procesales de la conciliación, el Tribunal hace referencia a dos documentos que le sirvieron de base para verificar la legalidad del acuerdo conciliatorio. Por una parte, menciona un estudio preparado por la Oficina de Evaluación del INCO, fechado el 29 de febrero de 2004, titulado “Alternativas de reestructuración para las concesiones de carreteras y ferrocarriles”, que fue presentado como propuesta para un documento CONPES. En el estudio se destacan los beneficios de las concesiones en general. Al mismo tiempo, sin embargo, se menciona el balance que se efectuara en el CONPES 3045 de 1998 sobre los procesos de concesiones en Colombia, en el que se resaltaron las debilidades demostradas por las concesiones de primera generación. De esta manera, en el estudio se expresa que uno de los problemas graves de esa generación de concesiones fue la obligación adquirida por la Nación de garantizar unos ingresos mínimos al concesionario, garantía que ha generado inmensas deudas a la Nación para los concesionarios.

Por lo anterior, el estudio recalca que el mismo CONPES 3045 recomendaba tomar medidas para solucionar los problemas de fondo de esas concesiones, con el fin de “mitigar el impacto fiscal de las garantías otorgadas y buscando alternativas que minimicen este impacto”, razón por la cual el estudio proponía que el INCO realizara las gestiones necesarias para renegociar los contratos de concesión vial y minimizar el impacto fiscal de las garantías y controversias mencionadas anteriormente. Entre las estrategias para cumplir ese cometido se encontraban:

“Aumento de los ingresos del proyecto mediante nuevos peajes. Este mecanismo consiste en entregar al concesionario tramos que no estaban contemplados dentro del alcance básico inicial, los cuales se deberán incluir dentro del proyecto, con el propósito de alcanzar mejores condiciones financieras derivadas de la operación de peajes adicionales. El principal incentivo para el concesionario será el aumento en su flujo de ingresos, generado por el mantenimiento y operación de un nuevo tramo. (...) Para cumplir con el concepto de continuidad vial y de corredores integrales en proyectos de infraestructura de carreteras, se sugiere que los tramos sean adyacentes y que se demuestre que el flujo de vehículos sea atractivo, de forma que se obtengan aumentos en los ingresos del concesionario. (...)”

“(...)”

“Cambiar el plazo de entrega de concesión por garantías: Los contratos de primera generación establecen un plazo fijo para la reversión de la infraestructura a la Nación. Debido a que el Estado ha otorgado garantías de ingreso mínimo al concesionario se le asegura un nivel de ingresos en un período de tiempo fijo. Una estrategia para reducir el

nivel de garantías que el Estado debe pagar debido al desajuste en los tráficos proyectados es la de ampliar o alargar el período de la concesión a cambio de la reducción del ingreso mínimo que se garantizó.

“Cambiar esquema de garantías por esquema de ingreso esperado: En la segunda y tercera generación se introdujo el concepto de la reversión de la concesión una vez que el concesionario haya obtenido el ingreso esperado que se propuso en la licitación. Bajo este esquema, el plazo de la concesión se vuelve flexible y el momento de la reversión entra a depender del comportamiento de los ingresos del concesionario por concepto del pago de peajes. Bajo esta modalidad, el Estado abandonó el esquema de garantías por ingreso mínimo y transfirió el riesgo comercial al concesionario. Al llevar a las concesiones de primera generación al esquema de ingreso esperado, el estado estaría desmontándose del pago de garantías por ingreso mínimo. (...)”

El auto también menciona el documento CONPES 3414, por medio del cual “somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, el Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014, a cargo del Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, para ser declarado de importancia estratégica. Adicionalmente, establece los lineamientos de política para la estructuración de proyectos que maximicen los beneficios de su implementación bajo el esquema de concesión.” El documento señala que el esquema contractual ideal es el de las concesiones e identifica el proyecto de la doble calzada Bogotá (El Cortijo) – Villeta entre los proyectos viales que debe ser adelantado. El documento contiene un anexo atinente al manejo del riesgo contractual, en el cual se precisa que “el concepto de ingreso esperado ha sido incorporado en la estructuración de los proyectos de la denominada Tercera Generación de Concesiones con el objetivo de mitigar el riesgo comercial de demanda. Dicho ingreso, que ha sido adoptado como variable de evaluación de los procesos licitatorios, corresponde al volumen de recursos de peaje cuantificados en términos constantes que cada proponente espera recibir en desarrollo del proyecto, en caso de ser adjudicatario de la concesión. En línea con lo anterior, el plazo de la concesión varía en función del tiempo requerido para que el proyecto genere los recursos esperados para el concesionario.”

El Tribunal menciona entonces que el estudio de los documentos que reseña le permite concluir

“que los acuerdos suscritos por las partes se enmarcan dentro de la política integral del Estado en materia de carreteras, donde la reestructuración de concesiones deficitarias se ha considerado como

asunto de vital importancia para permitir la vinculación del capital privado en la modernización de la red vial nacional.

“(...) Estos documentos permiten al Tribunal concluir que la reestructuración de las llamadas concesiones de primera generación, a la que corresponde al Contrato 447 de 1994, en las que el Estado garantizó un ingreso mínimo al concesionario y asumió una serie de cargas tanto operativas, técnicas y financieras durante la ejecución de los proyectos, es un asunto de interés público, y aunque persigan inicialmente darle liquidez a las concesiones para hacerlas viables, principalmente buscan que el Estado se libere precisamente de las mencionadas cargas trasladándolas al concesionario, quien en calidad de profesional en el ramo cuenta con mayor experiencia, infraestructura y recursos para asumirlas. Las estrategias para lograr el cambio de esquema contractual permitirán un ahorro fiscal para la nación de grandes dimensiones y, por ello, la modificación del Contrato 447 de 1994 que se realiza mediante el Acuerdo Conciliatorio no solo no contraviene el orden legal, sino que por el contrario corresponde a una política gubernamental integral que pretende mejorar la infraestructura vial con la participación del sector privado que garantice eficiencia, competitividad y resguardo de las finanzas del Estado, proceso en el que desde hace años vienen participando diferentes autoridades. De tal suerte que el objeto y causa del Acuerdo Conciliatorio, en la forma que se examinaron estos aspectos, no contraviene norma alguna que conlleve la declaratoria de su ilicitud por este Tribunal.”

14. El árbitro Carlos Martínez Simahán salvó su voto. Para ello expone, en primer lugar, distintas objeciones de carácter procesal. Así, manifiesta de manera general que “(...) no tiene competencia el juez del proceso para pronunciarse sobre las pretensiones y hechos no establecidos en la demanda, declarando la terminación del proceso con cargo a pretensiones no sujetas al debate procesal que inicialmente se le encomendó, ni tampoco tienen capacidad las partes para conciliar **judicialmente** asuntos ajenos a la contienda judicial, en el que pretenden hacer valer el acuerdo para dar por terminado el proceso.”

Luego, con referencia al acuerdo conciliatorio afirma:

“En el caso que nos ocupa, se solicita al Tribunal que declare que con posterioridad al laudo del 26 de marzo de 2003, el volumen de tráfico en la vía concesionada *‘siempre ha sido deficitario en más del 30% con relación al proyectado y garantizado por el INCO’* y que tal situación deficitaria *‘se ha vuelto habitual y constante y no*

excepcional, con lo cual las partes han tenido que acudir, nominalmente, al mecanismo de compensación en dinero con recursos del Presupuesto nacional establecido en el parágrafo de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447/94, en la forma como fue revisado por el antes citado arbitramento.’

“Y como consecuencia de la anterior declaración se solicita al Tribunal ordenar a título de condena la ubicación de una nueva caseta de peaje o el traslado de la existente.

“Entonces, si bien las controversias planteadas en la demanda son de carácter patrimonial, en la medida en que los ingresos de la concesión se obtienen con el recaudo de la caseta de peaje que se pretende trasladar, y en defecto de ese traslado, se mitigaría el déficit en dicho recaudo, a consideración de la convocante, con la ubicación de una nueva caseta en el actual trayecto concesionado; encontramos que a juicio de la demandante esta es la manera o el medio adecuado para resolver la ruptura del equilibrio económico; decisión que a juicio de los peritos no mitiga el desequilibrio.

“No se advierte en el texto de la demanda pretensión alguna dirigida a reestructurar financieramente el contrato definiendo una nueva línea de ingreso, modificando la tasa interna de retorno, modificar el plazo del contrato, considerar obras adicionales para solucionar el desequilibrio, ni mucho menos pretensiones dirigidas a que el Tribunal declare la necesidad de adelantar nuevos trabajos y adjudicarlos al concesionario, tendientes a eliminar el taponamiento que existe en la zona del Cune, o dirigidas a extender la vía concesionada con el trayecto denominado Ruta al Sol 1ª, motivo por el cual no le asiste competencia ni a las partes ni al Tribunal para aprobar la conciliación en lo que atañe al debate judicial que ocupa a las partes.”

A renglón seguido, manifiesta que el acuerdo conciliatorio más que duplica el valor del contrato original, con lo cual en realidad se genera un contrato distinto al original:

“En efecto, conforme con la información que reposa en el expediente, y concretamente en las actas aprobatorias de la conciliación y sus modificaciones emitidas por el Comité de Conciliación del INCO, así como en la comunicación dirigida a por la entidad estatal al Ministerio del Interior, se advierte que el valor estimado del contrato de concesión actual se acerca al billón de pesos, no obstante, en el anexo financiero de la conciliación se lee que el valor final del contrato, luego de las modificaciones introducidas por el acuerdo conciliatorio se estima en suma superior a los dos billones de pesos concretamente, expresado en Mill \$2.373.040.080.

“Con lo anterior se advierte que, incluido el valor de las inversiones que se realicen por cuenta de las obras de adecuación del sector del Cune y la adición del trayecto nuevo a la concesión, el valor total estimado del contrato, luego de la modificación, se supera en más del cien por ciento (100%) el contrato actual; siendo este elemento además de ajeno al libelo de la demanda por no estar incluido en las pretensiones de condena, resulta abiertamente ilegal pues las partes de un contrato estatal no están dotadas de una total y absoluta esfera negocial. El objeto que integra el contrato y que fue la base de la licitación sigue sirviendo el fundamento para negar modificaciones al mismo. En nuestro ordenamiento jurídico lo adicional al contrato tiene carácter excepcional. Sólo razones de conveniencias públicas lo justifican pero no de una manera abierta sino enmarcado dentro de los parámetros iniciales que configuraron el negocio.

“En este preciso caso, es de tal magnitud lo adicional que se agrega vía conciliación, que en realidad acaba por constituirse lo adicional en principal y lo inicialmente pactado deviene en secundario. La simple comparación de cifras, kilómetros, tiempos de contrato, etc. lo confirman.”

También reprocha el árbitro que con el acuerdo se violan los principios de la contratación estatal:

“(…) En efecto, nuestro ordenamiento jurídico se monta sobre la base que la regla general de escogencia lo constituye la licitación o concurso público. La excepción y, por ende, de interpretación restrictiva, es la contratación directa. Engendra desviación o abuso de poder la actuación estatal, unilateral o bilateral, que violente este principio.

“En el caso concreto que ahora nos ocupa, lo atinente a la Ruta del Sol hace parte de un proyecto que por su cuantía y magnitud reclama el uso de la licitación pública como mecanismo de selección. Todos los colombianos e incluso extranjeros que posean la capacidad técnica y financiera para adelantar esas obras tienen el derecho a ser llamados a un proceso en donde en igualdad de condiciones, se escoja al mejor. Lo mínimo a que pueden y deben aspirar es a poder concursar y ese derecho no puede ser conculcado bajo ninguna forma ni al amparo de ninguna figura jurídica. En este preciso caso, vía conciliación se impide esa participación y se selecciona sin ningún tipo de procedimiento a un contratista.”

El árbitro también expone razones de tipo sustancial para oponerse al auto del Tribunal de Arbitramento. De esta manera, en relación con las pruebas obrantes en el proceso, expone que “[n]o se advierte en el expediente prueba

alguna tendiente a demostrar que el valor del desequilibrio (que es el asunto sometido a debate judicial) equivalga a la suma conciliada a título de inversión en obras nuevas (\$385.000.000.000) y menos que se requiera para establecer este equilibrio que el valor total del contrato deba reflejar a 24 años de operación, una suma superior a los dos billones de pesos, que es el valor indicado como valor total estimado del contrato conforme al Anexo Técnico – Económico del acuerdo conciliatorio.”

Igualmente, menciona que en el año 2003 se profirió un laudo arbitral sobre el contrato, precisamente con el objeto de remediar el desequilibrio económico generado por la menor afluencia de vehículos. En el laudo arbitral se decidió modificar el parágrafo de la cláusula trigésimo sexta del contrato, referente a la manera de cancelar los déficits que se presentaran. Con base en lo anterior, manifiesta que “en el marco del contrato de concesión actual existe una fórmula para los eventos en que el déficit supere el 30%, y no aparece probado en el expediente, si aplicada la fórmula establecida en el Tribunal, se mantiene el desequilibrio, es decir, si pagada la compensación al concesionario, existe incidencia negativa en la economía del contrato.”

Por otra parte, considera que el acuerdo conciliatorio no se ajusta a la ley. Después de referirse al art. 27 de la Ley 80 de 1993, sobre la preservación del equilibrio contractual, y a la teoría sobre la imprevisión, expresa que en el caso que se analizaba

“se advierte que en virtud del acuerdo no solo se restablecen plenamente las condiciones inicialmente establecidas en el contrato de concesión, sino que se concede mucho más de aquello que el contratista pudo prever, dentro del alcance del acuerdo que inicialmente celebró; y dicho sea de paso con algunas connotaciones legales en materia contractual.

“Al respecto, entonces, se advierten cuatro elementos (i) el aumento del valor total estimado del contrato por encima del 50% (...), y (ii) la adición del plazo del contrato en 20 años, considerando que el plazo de vencimiento del contrato actual es de 4 años y se encuentra en etapa de operación; (iii) la inclusión de 50 Km de vía considerada por las entidades de planeación (documentos CONPES) como parte de una licitación internacional, y se incluye como vía adyacente a la concesión actual.”

Finalmente, expresa que la conciliación es lesiva para los intereses del Estado, por cuanto “es claro que para ‘compensar’ un desequilibrio de una caseta de peaje, se entregan obras por un cuantioso valor sin que esté claro la razonabilidad y proporcionalidad entre lo uno y lo otro.”

15. El día 19 de diciembre de 2007, Anny Margarita Jordi de Ostau de Lafont, actuando en su calidad de Procuradora Cuarta Judicial Administrativa, instauró una acción de tutela contra el auto dictado por el tribunal de arbitramento, el día 22 de noviembre de 2007, en el que se aprobó el acuerdo conciliatorio convenido entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - y la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A sobre el Contrato de Concesión N° 447 de 2 agosto de 1994.

Fundamenta la procedencia de la acción de tutela con el siguiente argumento:

“En el entendido de que la tutela es de carácter residual e improcedente cuando, a voces del numeral 1° del art. 6° del Decreto 2591 de 1991, existan otros medios o recursos de defensa judicial, a menos que éstos sean ineficaces, se observa que el eventual recurso de reposición que pudiese existir contra el auto impugnado sería completamente ineficaz por cuanto debía interponerse y sustentarse dentro de la misma audiencia en que se dio lectura al fallo correspondiente, según lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil al respecto, circunstancia que hacía inviable el derecho de defensa a ejercer por el Ministerio Público al conocer el texto definitivo de la decisión sólo en ese momento, dado que durante toda la actuación se opuso expresa y categóricamente al acuerdo conciliatorio por considerarlo manifiestamente violatorio de la ley. Además, contra la decisión impugnada no procede ningún recurso extraordinario, y al tratarse de un auto conciliatorio y no de un laudo arbitral, queda excluido el recurso de anulación a que se refiere la Ley 80 de 1993, modificada en lo pertinente por la Ley 1150 de 2007.”

Sobre este punto anota que el tribunal de arbitramento fue convocado por la sociedad contratista con el fin de que se restableciera el equilibrio económico a favor del contratista, afectado por el déficit vehicular, para lo cual se propuso la instalación de una nueva caseta de peaje o la relocalización de la existente. A pesar de lo anterior, “en el acuerdo conciliatorio aprobado por el tribunal de arbitramento se convino sustituir el contrato inicial por otro contrato con un objeto completamente distinto que implica el concederle al contratista un trayecto vial de una extensión mayor a la del primer contrato, bajo unas condiciones de explotación que implican el cambio del modelo económico pactado, con unas exageradas utilidades en detrimento del Estado.” Por ello concluye que

“(…) so pretexto de la conciliación, se celebró un nuevo contrato con desconocimiento de las reglas de la contratación estatal, especialmente las relacionadas con el principio de selección objetiva y consecuentemente con el de transparencia. Dicha actuación igualmente implica un desbordamiento de las atribuciones del tribunal de arbitramento, por cuanto la celebración de un nuevo contrato excede las pretensiones de la demanda y de la cláusula compromisoria, así como el

principio de la congruencia a que se refiere el art. 305 del Código de Procedimiento Civil (auto de diciembre 9 de 2004, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Expediente 2002 01216 01, Proyectos Internacionales S.A. y otros contra INVÍAS.”

Para apoyar sus asertos transcribe apartes del Salvamento de Voto del árbitro Carlos Martínez Simahán al auto que aprobó el acuerdo conciliatorio. Entre los puntos que resalta la actora del escrito del árbitro disidente se encuentra el de que “en el anexo técnico- financiero del acuerdo de conciliación se lee que el valor total de la inversión de las obras que se incluyen en virtud del acuerdo, a valor presente, ascienden a la suma de \$440.641.174.000; no obstante, acto seguido, al establecer el valor estimado total del contrato de concesión (se refiere al nuevo) para los 24 años de ejecución del mismo, se fija la suma de dos billones trescientos setenta y tres mil cuarenta millones ochenta mil pesos (\$2.373.040.080 mil), incluidas las obras antes aludidas.”

Asegura, entonces, que la aprobación del acuerdo conciliatorio vulnera ostensiblemente los derechos del Estado colombiano al debido proceso y el acceso a la justicia, puesto que desconoce las reglas de conciliación en nuestro país. Por consiguiente, la actora solicita que se deje sin efecto el Auto de 22 de noviembre de 2007, aprobatorio del Acuerdo Conciliatorio.

16. Germán Dávila Vinuela intervino en el proceso para oponerse a la demanda de tutela. Asegura que en este caso no procede la acción de tutela, puesto que “es claro que no sólo existe una vía concreta para materializar dicho ataque, como lo es la acción popular, sino que no existe un derecho fundamental subjetivo cuya afectación amerite la protección por vía de tutela.” También anota que en este caso no se observa la inminencia de un perjuicio irremediable, que haga procedente la acción de tutela.

Agrega que, el día 6 de diciembre de 2007, él interpuso una acción popular contra el auto del tribunal de arbitramento que aprobó el acuerdo conciliatorio, la cual persigue la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público y de la libre competencia económica.

17. En su respuesta a la acción de tutela, Fabio Andrés Durán Acosta, quien actúa en su calidad de apoderado de la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A., manifestó que la acción de tutela era improcedente.

Expone que la actora estuvo presente en el momento en que el Tribunal de Arbitramento profirió el auto del 22 de noviembre de 2007, sin que objetara la providencia. Anota que, de acuerdo con el art. 348 del Código de Procedimiento Civil, y con los arts. 60 del Decreto 1818 de 1998 y 9º del reglamento de procedimiento de la Cámara de Comercio de Bogotá – aprobado mediante oficio 107-1117-DAJ-0500 de 2007 del Ministerio del Interior y de Justicia - la actora tenía a su alcance el recurso de reposición.

Agrega que le resulta incomprensible que la actora manifestara que este recurso era ineficaz, puesto que ese es el recurso contemplado en la ley para todos las partes dentro del proceso.

Por otra parte, expone que la Procuradora podría haber solicitado la nulidad del auto, con base en lo establecido en el art.145 del CPC, al cual remite el art. 267 del CCA para la regulación de los aspectos no tratados en el Código. Asegura que si la actora considera que el Tribunal de Arbitramento no era competente para aprobar la conciliación celebrada entre las partes, podía haber solicitado la nulidad del auto, para lo cual podría haberse fundado en el numeral 2º del art. 140 del CPC, que establece que como una de las causales de nulidad la carencia de competencia.

Asevera también que la tutela es improcedente, por cuanto en este caso no se está vulnerando ningún derecho constitucional fundamental. Al respecto expone que en la demanda se arguye que la conciliación y el auto son ilegales, por cuanto aquella contiene un contrato nuevo y distinto del original, porque el Tribunal de Arbitramento no era competente para dictar el auto y porque el auto no es congruente con las pretensiones de la demanda. Estima que ninguna de estas acusaciones se refiere a la violación de un derecho fundamental.

18. David Luna Bisbal y Jorge Pretelt Chaljub, miembros del Tribunal de Arbitramento demandado mediante esta acción de tutela, manifestaron, en primer lugar, que la acción no podía dirigirse contra el Tribunal, por cuanto éste había cesado en sus funciones luego de haber aprobado el acuerdo conciliatorio. Además, expresan que el término legal de duración del Tribunal ya había vencido en el momento de instauración de la acción.

Por otra parte, aseguran que la acción de tutela es improcedente. La actora asistió a la audiencia del 22 de noviembre de 2007, en la cual el Tribunal profirió el auto aprobatorio de la solicitud conjunta de conciliación, y no interpuso el recurso de reposición contra la decisión.

De la misma manera, en relación con la acusación de la actora acerca de que se le vulneraron al Estado colombiano los derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso, aseveran que “el Ministerio Público participó en todo el debate procesal sin restricción alguna y no se observa en el mismo alguna actuación que se hubiese desviado de los lineamientos que para el trámite del proceso arbitral tiene prevista la ley.”

19. En su escrito de contestación a la acción de tutela, Fabián Ernesto Moscote Aroca, quien intervino en nombre y representación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, aseguró que la acción de tutela era improcedente.

Manifiesta que, como la misma actora lo reconoce, ella contaba con un mecanismo de defensa judicial contra el auto aprobatorio de la conciliación, cual era el recurso de reposición. Sin embargo, la actora omitió interponerlo, con el argumento de que sería completamente ineficaz.

Anota que el art. 73 de la Ley 446 de 1998, dispone que “contra el auto que apruebe o impruebe la conciliación judicial procede el recurso de reposición cuando se trate de asuntos de única instancia (lo cual incluye, por supuesto, los procesos de naturaleza arbitral).” Agrega que el art. 127 del CCA dispone que en los procesos contenciosos administrativos el Ministerio Público actúa como una parte procesal, lo cual le permite interponer recursos y utilizar las oportunidades procesales existentes. De la misma manera, dice que el art. 348 del CPC señala que el recurso de reposición deberá interponerse y sustentarse verbalmente inmediatamente después de proferido el respectivo auto cuando éste haya sido dictado en audiencia o diligencia.

Por todo lo anterior, concluye que “resulta clara la existencia de otro mecanismo de defensa judicial distinto a la presente acción de tutela, mecanismo del cual la accionante no hizo uso bajo el argumento, posterior y conveniente, de su ineficacia.” Además, expone que la demandante no acredita la inminencia de un perjuicio irremediable que amerite la procedencia de la acción de tutela.

También considera que la tutela es improcedente por cuanto se dirige contra los árbitros del Tribunal de Arbitramento, los cuales cesaron en sus funciones con la terminación del proceso arbitral y la protocolización del expediente. De esta manera, los mencionados árbitros son desde ese momento ciudadanos particulares, que no reúnen los requisitos exigidos para poder ser demandados a través de la acción de tutela. Remite sobre este punto a la sentencia T-1031 de 2007.

De la misma manera, asevera que la tutela es improcedente por cuanto los cuestionamientos que contiene se fundamentan en razones de orden legal y no en amenazas o vulneraciones de algún derecho fundamental.

Finalmente, manifiesta que:

- la controversia dentro del Tribunal de Arbitramento persiguió eliminar las causas del desequilibrio económico del contrato de concesión;
- con el acuerdo conciliatorio no se sustituyó el contrato inicial por un nuevo contrato;
- la incorporación de un trayecto vial adicional dentro del contrato de concesión está conforme con la ley y la doctrina del Consejo de Estado;
- con el acuerdo conciliatorio no se cambió el modelo económico pactado en el contrato de concesión ni se pactaron utilidades excesivas en detrimento del Estado, ni se desconocieron las normas de contratación pública, ni los principios de transparencia y selección objetiva;

- el Tribunal de Arbitramento no desbordó sus atribuciones ni excedió las pretensiones de la demanda arbitral, ni la cláusula compromisoria, ni el principio de congruencia;
- los valores señalados en la acción de tutela y en el Salvamento de Voto no se corresponden con los valores consignados en los documentos contentivos del acuerdo conciliatorio.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

20. En su sentencia del 6 de marzo de 2008, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción de tutela.

En primer lugar, la Sección Primera manifiesta que los miembros del Tribunal de Arbitramento sí podían ser demandados a través de la acción de tutela, a pesar de que ya habían cesado en sus funciones. La acción de tutela procede contra los particulares que actúen en ejercicio de funciones públicas y si bien en este caso

“se ejercitó cuando tales particulares habían cesado en su función de administrar justicia, la Sala estima que la conducta por ellas desplegada, la cual es objeto de censura, fue desarrollada en cumplimiento de dicha función pública y, en consecuencia, sí pueden ser sujetos pasivos de la acción de tutela. Una interpretación contraria llevaría al razonamiento equivocado de que los árbitros que conforman un Tribunal de Arbitramento, cuando dejan de serlo, tienen una patente de corso que les permite no ser objeto de juzgamiento cuando con sus decisiones vulneren derechos fundamentales, por haber finalizado el tiempo para el cual fueron convocados.

“Pero además lo anterior permitiría que un funcionario judicial que dejó de serlo sea inimputable frente la violación de la Constitución y la Ley.”

A continuación, manifiesta que, reiteradamente, la Sala ha considerado que la tutela no procede contra sentencias judiciales, aunque ha admitido que, excepcionalmente, cabe contra providencias que vulneren el derecho de acceso a la justicia. Puesto que en este caso se alega precisamente eso, sería procedente la acción.

Sin embargo, concluye que en este caso la tutela no procede, puesto que la actora contaba con otros mecanismos judiciales. Al respecto expresa que el art. 60 del Decreto 1818 de 1998 establece que contra el auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio procede el recurso de apelación en los asuntos de doble instancia, y el de reposición, en los de única instancia.

Expone, entonces, que el proceso arbitral carece de segunda instancia. De esta manera, el recurso procedente contra las providencias del tribunal es el de

reposición. Así, la actora debía haber interpuesto el recurso en forma verbal, inmediatamente después de que el auto fuera proferido en la audiencia, tal como lo dispone el art. 348 del CPC. Sin embargo, la actora no lo hizo y los argumentos que formula para justificar su abstención “no son de recibo, habida cuenta que el ejercicio o no de los medios judiciales de defensa es facultativo del interesado, conocedor de las consecuencias legales de hacerlo o no.”

Por otra parte, expresa:

“Pero además, de los hechos descritos en la demanda ni de los documentos aportados con la misma, se vislumbra la transgresión de etapas o normas procesales, las cuales son de orden público y obligatorio cumplimiento. Tampoco se observan de los árbitros conductas activas u omisivas dirigidas a obstruir el derecho a la defensa de la Procuraduría General de la Nación, en su función de velar por los intereses del Estado colombiano. Así mismo no se observa conducta alguna de los árbitros que hayan impedido el acceso a la administración de justicia.

“Según se desprende de la demanda el criterio jurídico de la Procuraduría pugna con el de los árbitros, en cuanto a la interpretación que éstos hicieren de las normas relativas a los contratos de concesión. Ello, a juicio de la Sala, corresponde a una cuestión de fondo que no resiste controvertirse en sede la acción de tutela, por ser ésta un mecanismo residual.”

21. En su providencia del 15 de mayo de 2008, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia.

Manifiesta que “el proceder de la Procuraduría General de la Nación, de abstenerse de formular el medio de impugnación que procedía contra la mentada decisión resulta injustificado y siendo así, la tutela no es el camino expedito para suplir la omisión en la cual incurrió el Agente del Ministerio Público, quien se abstuvo de desplegar el mecanismo de impugnación que le otorga el ordenamiento jurídico y con el cual contaba para perseguir la revocatoria de la decisión.”

III. PRUEBAS ORDENADAS POR LA SALA DE REVISIÓN

22. Mediante auto del 10 de octubre de 2008, la Sala de Revisión remitió un cuestionario a la actora, al Instituto Nacional de Concesiones – INCO – y a la sociedad Concesión Sabana de Occidente, con el objeto de obtener más elementos de juicio para su fallo.

23. La representante de la Procuraduría General de la Nación considera que la acción de tutela sí es procedente en este caso, a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial, por cuanto éste carece “de la idoneidad suficiente para propiciar la protección invocada.”

Además, expresa que como en este caso no se profirió un laudo arbitral, “quedó excluida la posibilidad de interponer el recurso especial de anulación a que se refiere el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, situación conforme a la cual el asunto no tenía posibilidades procesales de llegar a la jurisdicción contencioso administrativa.”

Finalmente, expone que el mecanismo de la conciliación no puede ser utilizado para que, “so pretexto de resolver un conflicto sobre un determinado contrato, las partes convengan y terminen celebrando un nuevo contrato bajo condiciones totalmente diferentes a las inicialmente pactadas, tal como ocurrió en este caso...” Agrega que “la ley expresamente permite que se puedan conciliar y en su caso transigir los aspectos económicos derivados en este caso de una actuación contractual, pero ello en manera alguna puede entenderse como una permisión ilimitada para que las partes acuerden en celebrar nuevos negocios jurídicos con desconocimiento de las reglas de la contratación estatal sobre modificaciones al contrato inicialmente celebrado y a los principios de transparencia y de selección objetiva, que fue lo que realmente sucedió en este caso.”

24. En su escrito, el apoderado judicial del INCO expresó que la acción de tutela era improcedente. Recalcó que la actora no había interpuesto el recurso de reposición contemplado en el art. 73 de la Ley 446 de 1998 y que no había demostrado la existencia o la inminencia de un perjuicio irremediable que ameritara la procedencia de la acción como un mecanismo transitorio.

También afirmó que la tutela era improcedente, por cuanto la actora no había demostrado la violación de los derechos fundamentales del Estado colombiano al debido proceso y al acceso a la justicia. Al respecto afirma que durante el proceso arbitral la Procuraduría contó con todas las oportunidades procesales y que las consideraciones de la actora para sustentar la violación de esos derechos son de orden legal y no constitucional. También asegura que la tutela es improcedente, en razón de que los árbitros ya terminaron sus funciones.

Por otra parte, manifiesta que en el marco de una conciliación judicial es viable ampliar tanto la extensión de un trayecto vial como el plazo de ejecución del contrato de concesión, y que el acuerdo logrado alrededor de la concesión que fue objeto del auto del Tribunal se ajusta a las normas legales sobre la materia.

Finalmente, manifiesta que la acción popular que fue instaurada contra el auto aprobatorio del acuerdo conciliatorio fue admitida inicialmente por el Juzgado

39 Administrativo del Circuito de Bogotá. Sin embargo, luego de que esta decisión fuera objeto de un recurso de reposición, el Juez, mediante auto del 28 de mayo de 2008, rechazó la acción por improcedente, por cuanto estaba dirigida contra una providencia judicial. Agrega que el auto fue apelado por el demandante de la acción popular y que actualmente el proceso se encuentra para decisión en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

25. La representante legal de la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A. también afirmó que la acción de tutela era improcedente, en razón de que la actora no hizo uso del recurso de reposición contemplado en el art. 73 de la Ley 446 de 1998. Dice, igualmente, que si la actora consideraba que el Tribunal de Arbitramento no era competente para aprobar el acuerdo conciliatorio podía haber solicitado la apertura de un incidente de nulidad, en los términos de los arts. 267 del Código Contencioso Administrativo y 145 del Código de Procedimiento Civil.

De la misma manera, la interviniente manifiesta que la acción de tutela no es procedente, por cuanto (i) los motivos que alega la actora para impugnar la actuación del Tribunal no tienen un carácter constitucional, sino legal; (ii) los árbitros demandados ya cesaron en sus funciones y ahora tienen el carácter de particulares, y no se configura ninguna de las causales de procedencia de la acción contra particulares; y (iii) a la Procuraduría General de la Nación no se le violaron sus derechos al debido proceso ni al acceso a la justicia.

También expone que el acuerdo conciliatorio y el auto que lo aprueba se fundaron en los arbitramentos adelantados entre el mismo INCO y la sociedad Autopistas del Café, dentro del cual intervino la Procuraduría y rindió concepto favorable a la conciliación acordada. Además, la conciliación se basó en el concepto N° 1050 de 1997 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, C.P. César Hoyos Salazar.

Por otra parte, expresa que la misma Ley 1150 de 2007 autoriza, en su artículo 28, a ampliar el trayecto y el plazo de las concesiones viales. Anota que en el caso concreto esa ampliación era conveniente para las dos partes.

IV. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9, de la Constitución Política.

Problema Jurídico

2. En este proceso, la Sala de Revisión tendría que resolver el siguiente problema jurídico: ¿el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver el litigio surgido alrededor del Contrato de Concesión N° 447 de 2 agosto de 1994 vulneró los derechos del Estado colombiano al debido proceso y al acceso a la justicia al aprobar, mediante auto dictado el día 22 de noviembre de 2007, el acuerdo conciliatorio suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - y la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A.?

Sin embargo, tal como se deriva del debate suscitado alrededor de la demanda de tutela, antes de entrar a analizar el problema sustantivo es necesario examinar la procedencia de la acción.

La acción de tutela es improcedente en este caso

3. La actora manifiesta que el auto dictado por el tribunal de arbitramento, el 22 de noviembre de 2007, en el que se aprobó el acuerdo conciliatorio suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - y la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A., vulnera los derechos del Estado colombiano al debido proceso y al acceso a la justicia.

Por otra parte, en el escrito que remitió a la Sala de Revisión con ocasión del cuestionario que le fuera remitido por esta Corporación expresa que “si bien contra la providencia aprobatoria del acuerdo conciliatorio procedía el recurso de reposición, dicho mecanismo carecía de la fuerza jurídica suficiente para proteger los derechos de la Nación colombiana vulnerados por la decisión adoptada, entre otras razones, por cuanto los funcionarios que la representaban participaron en la configuración de dicho acuerdo; por cuanto al tenor de lo establecido por el artículo 348 del C. de P. C. el recurso debía interponerse y sustentarse dentro de la audiencia en la que se dio lectura a la decisión adoptada; y, por cuanto de haberse interpuesto, el recurso debía resolverse por los mismos árbitros que habían emitido la decisión, con muy pocas probabilidades de admitir la vulneración de Derechos Fundamentales.”

4. Los intervinientes en nombre del Instituto Nacional de Concesiones – INCO - y de la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A. discrepan de la posición expuesta por la actora acerca de la procedencia de la acción de tutela. También lo hacen los dos árbitros que avalaron el acuerdo conciliatorio.

El representante judicial del INCO expone que la misma actora reconoce que tenía a su disposición el recurso de reposición, contemplado en el art. 73 de la Ley 446 de 1998. Refuta la idea de la actora acerca de que este recurso era ineficaz. Al respecto señala que la misma ley ha establecido ese recurso y ha indicado que debe sustentarse de manera verbal e inmediata dentro de la misma audiencia. El Tribunal tenía solamente dos opciones: aprobar o

improbar el acuerdo conciliatorio. De esta manera, a la representante de la Procuraduría le correspondía, en el caso de que fuera improbadado, oponerse al recurso de reposición que podrían haber interpuesto el INCO o el concesionario, y, en el caso de que fuera aprobado, interponer el recurso de reposición. Además, anota que la Procuraduría conocía los documentos sobre los cuales tenía que tomar posición el Tribunal de arbitramento e incluso se había pronunciado en tres ocasiones sobre los acuerdos conciliatorios. Por eso, afirma que estaba en plenas condiciones para presentar el respectivo recurso de reposición en la misma audiencia.

También la representante legal de la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A. considera que la acción de tutela es improcedente, entre otras razones, por cuanto la actora contaba con el recurso de reposición, además de que podía haber planteado un recurso de nulidad contra el auto del Tribunal de arbitramento.

De la misma manera, los árbitros David Luna Visbal y Jorge Pretelt afirman que la actora estuvo presente en la audiencia y no interpuso el recurso de reposición.

5. La Sala de Revisión considera que la acción de tutela es improcedente. Tal como lo han señalado los intervinientes, el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, que incluyó un artículo nuevo, el artículo 65A, en la Ley 23 de 1991, estableció que contra el auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio cabía el recurso de reposición. La misma norma establece que el representante de la Procuraduría General de la Nación está facultado para interponer el recurso:

“Art. 73. La Ley 23 de 1991 tendrá un artículo nuevo, así:

“Artículo 65A. El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, sección o subsección de que forme parte el magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única.

“El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el tribunal, contra el auto que profiera el juez administrativo aprobando o improbandando una conciliación. Las partes podrán apelar, sólo si el auto imprueba el acuerdo.

“La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.”

El Tribunal de Arbitramento actuaba en el proceso que se analiza como una autoridad judicial. Su decisión no podía ser apelada, puesto que no existía una autoridad superior ante la cual se surtiera la segunda instancia. Sin embargo, sí cabía interponer el recurso de reposición antes de que quedara ejecutoriada la decisión.

La actora manifiesta que el recurso de reposición era insuficiente para proteger los derechos de la Nación. Al respecto expresa que los funcionarios que la representaban habían sido coautores del acuerdo conciliatorio, que el recurso debía sustentarse en la misma audiencia y que, además, sería decidido por los mismos árbitros que habían aprobado el acuerdo conciliatorio.

La Sala de Revisión considera que ninguno de los argumentos expuestos justifica la procedibilidad de la acción de tutela. Lo normal es que en todas las situaciones similares a la que se analiza, los representantes de la Nación hayan participado en la elaboración del acuerdo conciliatorio que se somete a la aprobación de los árbitros. Y el deber del representante de la Procuraduría – como defensor de los intereses de la sociedad - es oponerse al acuerdo, si considera que él no responde a las pruebas aportadas, que vulnera la ley o que es lesivo para el patrimonio público.

Por otra parte, la Procuraduría General de la Nación ya había emitido tres conceptos adversos a las propuestas de acuerdo conciliatorio. Ello significa que conocía muy bien el asunto y que la decisión del Tribunal de Arbitramento no la podía sorprender con argumentos o hechos no previsibles. Por lo tanto, debe concluirse que su representante estaba en plenas condiciones para impugnar el auto aprobatorio del acuerdo conciliatorio, a pesar de que ello tuviera que hacerse dentro de la misma audiencia en la que el Tribunal anunciaba su decisión.

Finalmente, la actora plantea que el recurso no brindaba ninguna garantía, por cuanto iba a ser decidido por los mismos árbitros que acababan de emitir el auto aprobatorio del acuerdo conciliatorio. Este argumento no es de recibo. El ordenamiento jurídico establece que contra el auto del Tribunal de Arbitramento que aprueba el acuerdo conciliatorio solamente puede interponerse el recurso de reposición. Por eso, si la representante de la Procuraduría no compartía el sentido del auto dictado por el Tribunal tenía que haber agotado el recurso judicial que estaba a su alcance, independientemente de las posibilidades de éxito que previera para su escrito de impugnación. Solamente después de haber hecho uso de este recurso podía pensar en acudir al mecanismo de la tutela, que, como es conocido, constituye una acción subsidiaria.

Por todo lo anterior, y dado que no se observa la existencia o la amenaza de que se configure un perjuicio irremediable, la Sala de Revisión confirmará los fallos de instancia en la tutela, que declararon la improcedencia de la acción.

6. La Sala de Revisión considera importante aclarar que, si bien, como se expresó, en este caso la acción de tutela no es procedente para entrar a analizar el auto del Tribunal y el acuerdo conciliatorio mismo, ello no significa que dentro del ordenamiento jurídico no existan controles para solicitar el examen de acuerdos conciliatorios como el que se analiza en este proceso.

A manera de ejemplo, se mencionan los siguientes mecanismos de control, que deben ser analizados por los interesados y por los órganos de control, según las circunstancias de cada caso:

- la acción contemplada en el art. 87 del Código Contencioso Administrativo,¹ para solicitar la nulidad del contrato por violación de las normas legales sobre la prórroga o adición de los contratos de concesión.
- el artículo 28 de la Ley 1150 de 1997, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, que establece limitaciones a las prórrogas o adiciones de los contratos de concesión de obra pública y determina que éstas siempre requerirán de la aprobación del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES²; y
- el art. 61 de la Ley 1169 de 2007, “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2008”, que establece que, en determinadas ocasiones, las modificaciones de los contratos de concesión deben ser aprobadas previamente por el Consejo Superior de Política Fiscal - CONFIS.³

¹ Este artículo establece:

“ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. <Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. *Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.*

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”

² La disposición ordena:

“ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

“Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes–.

“No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.”

³ Prescribe el artículo:

“ARTÍCULO 61. Las modificaciones a los contratos de concesión que impliquen mayores aportes estatales y/o mayores ingresos esperados y/o ampliación del plazo, pactado contractualmente, requerirán la evaluación fiscal previa por parte del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis.”

A los interesados y a los órganos de control les corresponde evaluar si éstos u otros controles son aplicables para el asunto objeto de esta sentencia. De allí habrán de derivarse las consecuencias pertinentes, entre las cuales puede estar la de instaurar las acciones idóneas según el caso. Lo que es claro es que la acción de tutela no es procedente para suplir la no interposición del recurso de reposición que ha establecido la ley.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero.- Levantar la suspensión de términos.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 15 de mayo de 2008, mediante la cual se confirmó la providencia de tutela dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, que declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada por la Procuradora Cuarta Judicial Administrativa contra el tribunal de arbitramento que, mediante el auto dictado el día 22 de noviembre de 2007, aprobó el acuerdo conciliatorio sobre el Contrato de Concesión N° 447 de 2 agosto de 1994, suscrito por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - y la sociedad Concesión Sabana de Occidente S.A.

Tercero.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado notificará esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto. Líbrense por la Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General